

Este trabajo tiene como finalidad hacer un análisis sobre algunos principios consagrados en la Constitución del año 2008 y su aplicación en el ordenamiento jurídico penal, teniendo claro cuál es la conceptualización actual del Estado constitucional de derechos y de justicia, y como punto central de este lineamiento, la consideración de la dignidad del ser humano como valor supremo y fundamento del ordenamiento jurídico político. Entre los principios constitucionales estudiados tenemos los siguientes: Principio de la titularidad de los derechos, el principio de la igualdad y la prohibición de discriminación, el principio de directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales, el principio de prohibición de restricción normativa, el principio pro-constitucionalidad o de aplicación más favorable, el principio de integralidad de los derechos, el principio de progresividad, el principio de la prohibición de regresividad, el principio de la responsabilidad del Estado, el principio de proporcionalidad, entre otros.

Palabras Claves: Principios – Constitucionales- Estado- Derecho- Justicia- Dignidad- Valor- Penal.

CONTENIDO

Introducción.

CAPITULO UNO

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

1.1.- El Estado constitucional.....	14
1.2.- El Estado de justicia.....	18
1.3.- El Estado de derechos.....	27
1.3.1.- La pluralidad jurídica.....	28
1.3.2.- La centralidad de los derechos en la Constitución...40	
1.4.- La Constitución actual y el ordenamiento jurídico penal.....	42

CAPITULO II

LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO COMO VALOR SUPREMO Y FUNDAMENTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO POLITICO.

2.1.- La dignidad como valor supremo.....	56
2.2.- ¿Qué son los principios?	64
2.3.- Los principios de aplicación de los derechos.....	70
2.3.1.- Principio de la titularidad de los derechos.....	72

2.3.2.- La legitimación activa para la exigibilidad	78
2.3.3.- Principio de la igualdad y la prohibición de discriminación.....	81
2.3.4.- Principio de directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales.....	87
2.3.6.- Todo derecho es justiciable.....	92
2.3.6.- Principio de Prohibición de restricción normativa...	95
2.3.7.- Principio Pro-Constitucionalidad o de Aplicación más favorable.....	99
2.3.8.- Principio de Integralidad de los derechos.....	104
2.3.9.- Las fuentes de los derechos.....	108
2.3.10.- Principio de Progresividad.....	112
2.3.11.- Principio de la Prohibición de Regresividad.....	114
2.3.12.- Principio de la Responsabilidad del Estado.....	115
2.4.- Principio de Proporcionalidad.....	122
2.4.1.- Subprincipios de la proporcionalidad.....	125
2.4.1.1.- Idoneidad.....	125
2.4.1.1.1.- Idoneidad de la norma de conducta.....	126
2.4.1.1.2.-Idoneidad de la norma de sanción.....	128
2.4.1.2.- Necesidad.....	130
2.4.1.2.1.- Necesidad de la norma de conducta.....	131
2.4.1.2.2.- Necesidad de la norma de sanción.....	132

2.4.2.- Proporcionalidad en sentido estricto.....	140
Conclusiones.....	144
Recomendaciones.....	147
Bibliografía.....	149



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS
Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL
PENAL.

**“LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SU
APLICACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL”**

Tesina previa a la obtención del título de Diplomado en
Derecho Procesal Penal.

Autora: Dra. Helen Alexandra Maldonado Albarracín.

Director: Dr. Tiberio Torres Regalado.

Cuenca- Ecuador

2010

A mis padres y hermanos.

Agradezco a mis amigos por su solidaridad.

Las acciones de cualquier naturaleza que pudieran resultar por la utilización indebida en este trabajo de obras bibliográficas protegidas por la Ley o por los criterios sustentados en el mismo, corresponden de manera exclusiva a la autora.

La autora.

INTRODUCCIÓN

Nos propusimos realizar este trabajo puesto que consideramos indispensable tener en esquema claro acerca de la doctrina constitucional contenida en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, ya que constituye uno de los retos jurídicos contemporáneos más importantes del país y es el marco obligado de sujeción del ordenamiento jurídico vigente.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 no puede ser entendida con categorías del derecho constitucional clásico y peor aún con categorías del derecho privado o público, sino que debe ser leída como parte del sistema jurídico, en general, que comprende leyes, jurisprudencia y otras fuentes del derecho. Este cuerpo normativo nos trae nuevos contenidos y formas que, en conjunto, podríamos decir impone al Estado y propone a la sociedad el ejercicio de una cultura constitucional.

La nueva Constitución no es tan nueva por las normas que enuncian la tabla de derechos que salvaguardan la dignidad

de la mujer y del hombre en las diversas circunstancias en las que se desenvuelve la vida, lo realmente nuevo y transformador está, en que según la nueva Constitución, el Estado se constituye para que los derechos que en ella se enuncian sean realmente gozados, efectivamente ejercidos por los habitantes de su territorio y que estos, como individuos o como colectividades, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales, que cumplan este deber primordial. Y uno de los deberes más importantes es armonizar todo el ordenamiento jurídico infra constitucional a los preceptos constitucionales y a la normativa internacional sobre derechos humanos.

A lo largo de este trabajo se abordan dos instituciones que tienen particular relevancia para los derechos humanos y para la justicia: la comprensión y definición del Estado constitucional de derechos y justicia y el contenido de los principios para la aplicación de los derechos establecidos en el artículo 11 de la Constitución a la luz de los cuales, se pretende evidenciar en el campo penal, la necesidad de que los principios y derechos que están plasmados en la

Constitución, a pesar de las limitaciones estructurales y culturales de nuestro país, puedan ser reivindicados y ejercidos eficazmente y, adecuadamente reparados si son irrespetados, para tratar de superar la rutina que nos retiene en el pasado, a unos y a otros.

CAPITULO UNO

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

La nueva Constitución¹ contiene cambios fundamentales respecto de la vida de los ecuatorianos y la institucionalidad estatal puesto que en ella se consagran cambios sustanciales en cuanto a un nuevo modelo de desarrollo con la inclusión de un sistema económico solidario y del buen vivir (sumak kawsay), sobre la base de un retorno a la planificación y la incorporación de la transparencia y participación social como instrumentos de gestión de la economía, el desarrollo de la justicia constitucional y las garantías, lo cual va de la mano con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad hacia la protección de los derechos así como el mejoramiento de los mecanismos de democracia directa y la inclusión de la participación social como un poder de equilibrio y ejercicio de nuevas formas de representación.

En este contexto, la administración de justicia y particularmente el derecho a la justicia se han

¹ La Constitución fue promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

constitucionalizado, a pesar de la resistencia local de ciertos sectores y los discretos avances que, en materia de reforma judicial, han presentado los países la región andina. La Constitución del año 2008, presenta cambios sustanciales tanto generales como específicos a partir de cuya identificación sería posible asegurar una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente y el acceso sustancial a la justicia lo cual a decir de Luis Avila Linzán es la “constitucionalización material” que va más allá del simple texto constitucional “constitucionalización formal” (Avila Linzán, 2008:229).

En el artículo 1 de la Constitución del año 2008, se aumenta una frase trascendental a la definición del Estado ecuatoriano: “El Ecuador es un Estado.....constitucional de derechos y de justicia...”². Esta frase pone al Estado como garante de los derechos constitucionales a través de la preeminencia del análisis jurídico de los conflictos individuales y sociales por sobre el político; y materializa la pluralidad como una puesta en igualdad de condiciones a los diversos sistemas jurídicos existentes en una sociedad

² Constitución del año 2008, Artículo 1.

plurinacional. Si descomponemos esta frase, tenemos que el “Estado constitucional” pone a la Constitución como fuente principal de los derechos y obligaciones, somete a toda la actividad estatal y no estatal al contenido sustancial de las normas constitucionales; y, enfatiza el papel fundamental que tienen las garantías (legislativas, políticas y judiciales) y los jueces en la realización de los derechos constitucionales. Por ello, haremos un análisis de cada parte de esta frase para poder tener una idea cabal de lo que conlleva.

1.1.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En una división fácil y hasta reduccionista, siguiendo a Ramiro Ávila en su trabajo “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia” (2008) podríamos afirmar que hay tres modelos de Estado: a.- El Estado absoluto; b.- El Estado de derecho o Estado legal de derecho; y, c.- El Estado constitucional de derecho.

a.- En el Estado absoluto.- La autoridad llámese monarca, rey, emperador o inca, determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona

o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el Estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.

b.- En el Estado de derecho.- La ley determina la autoridad y la estructura de poder. En teoría el poder se divide en tres: el poder legislativo, el poder ejecutivo, y el poder judicial. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad, aunque en este modelo no hay mayor diferencia al anterior.

Los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley” (Avila, 2008:21). Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las

garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

c.- El Estado constitucional.- La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; y, procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

En suma, en el constitucionalismo se conjugan Estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites, porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y son vínculos, porque los poderes de los Estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.

En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para

sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias.

1.2.- EL ESTADO DE JUSTICIA.

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Para efectos de este trabajo nos interesa cuando la justicia se puede predicar tanto desde el Estado como del derecho.

H. Kelsen, (2006) citado por Ramiro Avila Santamaría (2008) en su trabajo “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica.

Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del

régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del ku kux klan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios).

En cuanto al valor justicia, la ambigüedad del concepto, la pérdida del sentido mítico de sus orígenes e incluso el hecho de que jurisprudencialmente se lleguen a identificar, en algunos casos, los valores justicia e igualdad, han conducido a un sector de la doctrina del que es destacado exponente el autor Peces-Barba citado por Fernández (1992), que no estamos ante un valor superior sino ante el instrumento de los jueces para incorporar a sus resoluciones criterios de moralidad.

Desde luego, es evidente que la libertad y sobre todo la igualdad, forman parte del contenido y del fin de la justicia; sin embargo, también lo es que la justicia en cuanto valor social por excelencia, es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. Es por ello que, la justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo

valor en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos.

Por lo demás, el valor absoluto de la justicia, “dar a cada uno lo suyo”, se encuentra indestructiblemente vinculado a la dignidad de la persona, al principio de que el individuo tiene un fin propio que cumplir, fin intransferible y privativo al “libre desarrollo de la personalidad”, esto es, al despliegue de las diferentes potencialidades (psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales) de cada persona humana, la conquista de los valores que la satisfagan y de los ideales que la atraigan; “...el avance, en suma, hacia “su modelo” de “ser humano” y de miembro activo, protagonista, de una sociedad plural determinada...” (Fernández, 1992:92).

Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, siendo importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el

derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del doctrinario del derecho C. S. Nino (2005), quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: 1.- Los principios; 2.- Los enunciados lingüísticos (reglas); y, 3.- La valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes.

1.- Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, “Las personas tienen derecho a..... una vivienda adecuada y digna”³; ésta es una norma tética porque le impone al Estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser

³ Constitución del año 2008, Artículo 30.

adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el Estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse.

2.- El enunciado lingüístico es lo se conoce como regla, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el Estado le proveerá de un albergue; si el Estado construye una casa, ésta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada.

3.- Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe

buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio.

Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera (2001), se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el Sr. Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por un lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgrimían otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando **derecho penal internacional**, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho

positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El Sr. Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir la vigencia de la validez de las normas jurídicas. La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién y cómo*; la validez al responder *qué*.

Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino (2005), la regla sólo deberá ser observada si es consistente con el principio. En el debate sobre vigencia y validez, la

palabra validez no sólo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida sólo si es justa; otro es el legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia.

Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente” (1999:118).

La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas, todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución. En otras palabras, una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o

enunciado lingüístico); prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosóficomoral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del Derecho).

Un ejemplo, graficado en términos colectivos, sería por ejemplo cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa. Ahora analicemos el último elemento de nuestra

declaración de Estado, que no lo pretendemos agotar en este ensayo, y que simplemente es una visión referencial sobre la importancia de los derechos en la Constitución.

1.3.- EL ESTADO DE DERECHOS

El artículo 1 de la Constitución manda que el Ecuador es un “Estado de derechos” lo cual nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Que hay una ‘s’ de mas”, o en su defecto, pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se inventaron un calificativo que no existe en la teoría: todos los Estados tienen que ser de derecho.

El Estado de derechos desde la perspectiva constitucional, nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado, que brevemente debemos revisar.

1.3.1.- LA PLURALIDAD JURÍDICA.

En el Estado legislativo o Estado de derecho, el único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados. El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley. En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución.

En cambio en el Estado constitucional de derechos, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1.- La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales); 2.- Las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales); 3.- El ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio; 4.- Las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de

sentencia y, finalmente, 5.- La moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

1.- El juez, en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”. Es decir, en el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo que se conoce ahora como *regla*.

La regla es lo que L. Ferrajoli (2005) denominaría *norma hipotética*. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. Todas las normas del derecho civil y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si a mata a b, entonces a cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede sólo cuando un juez puede imputar el hecho a

una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico.

Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el Estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derecho, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. G.

Zagrebeltzki (2005) sostiene que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas. Por ello, es necesario establecer principios.

Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, (ibidem) se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito antes, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo *z*, y el juez, inspirado en *z* debe, en el caso, crear una norma del tipo *x entonces y*. Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética.

Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el

principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en los casos concretos es el de constitucionalidad o también conocido en la doctrina como “estricta legalidad”.

2.- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no sólo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención.

Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua; por un lado, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales y la comunidad que

tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habitan. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas. El Estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada por un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención N. 169 de la OIT).

En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional. El artículo 424, 425 y 426 de la Constitución del año 2008 recogen este planteamiento en su texto.

Lo dicho sobre el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el Sistema Andino de

Integración, el Sistema Internacional de Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales en las que el Estado se ha comprometido a cumplir sus disposiciones.

3.- La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido⁴. En el Estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas.

En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política

⁴ Se trata de la clásica división entre Derecho Público y Derecho Privado.

pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad.

4.- El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémosnos, en comunidades indígenas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad; sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil; las personas y las comunidades indígenas no

tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas.

Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente reconociendo la pluralidad jurídica⁵. El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario, tal como lo establece el artículo 171 de la Constitución que incluso establece la justicia indígena cuando dice: “...aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución

5.- Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar, brevemente, un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral.

⁵ Constitución del año 2008, Artículos. 1, 57 numerales 9,10, 13 y 14.

H. Kelsen, (2003) de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral. Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos, que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas; y distinguió la moral por el concepto de validez.

Una norma jurídica es válida sólo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis. Con el neoconstitucionalismo, el debate renace.

Algunos autores, como García Figueroa (2003) citado por Ramiro Avila (2008), sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el

iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, sólo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable.

Por ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El Derecho establece el derecho a la vida pero no agota todas las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuando termina ni el cuando comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autodeterminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos.

Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad de decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Se debaten los derechos en juego aún cuando muchos de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas.

En conclusión, de lo que brevemente se ha descrito, se puede colegir que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría hablar con propiedad que el Estado es de derechos.

1.3.2.- LA CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Otra explicación al predicado “*Estado de derechos*” es que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico.

La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales⁶

Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia. Bobbio (1997) sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al

⁶ Constitución del 2008, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94).

Estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido.

En la esfera estatal, en la era de las obligaciones, la autoridad decide el destino de las personas, mientras que, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.

En este sentido, decir que el Estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución

del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas. Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas.

1.4.- LA CONSTITUCIÓN ACTUAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL.

La Constitución vigente aprobada mediante referéndum el año 2008, en el artículo 84 ordena : “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la

Constitución.”. Entre otras, esta disposición nos obliga a mirar con los lentes del neoconstitucionalismo y de los derechos fundamentales al sistema penal ecuatoriano.

En la Constitución encontramos derechos, garantías y órganos relacionados con el derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo penal. Entre los derechos, de forma expresa y clara, reconoce los derechos de las víctimas⁷, de las personas procesadas⁸ y de las privadas de libertad.⁹ Entre las garantías, según la clasificación del maestro Ferrajoli (2001), encontramos garantías primarias, al establecer obligaciones y mandatos dirigidas a los órganos del poder público¹⁰, de políticas públicas y jurisdiccionales. En los órganos encontramos principios rectores que guían su actuar así como una institucionalidad claramente definida relacionada con la Defensoría Pública¹¹, la Fiscalía General del Estado¹² y

⁷ Constitución del Ecuador, Art. 78.

⁸ Ibidem, Art. 77.

⁹ Ibidem, Art. 51.

¹⁰ Asambleístas, Función Judicial y Función Ejecutiva.

¹¹ Ibidem, Art. 191-193.

¹² Ibidem, Art. 194-197.

el órgano técnico encargado de la ejecución de sentencias en materia penal¹³.

Dado que a decir de Luis Roberto Barroso, (2008:35) “...la Constitución irradia su fuerza normativa a todo el sistema penal imbuida de supremacía formal y material”, y considerando que la Constitución vigente ecuatoriana, contiene los lineamientos generales de una política criminal adecuada, debe ser un imperativo la construcción de un sistema coherente, integrado y garantista de los derechos fundamentales del ser humano.

De otro lado, el derecho penal tiene una doble función frente a los derechos fundamentales, que es aparentemente contradictoria. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Protege derechos en tanto funciona cuando uno de los derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionado gravemente, desde la perspectiva de las víctimas; y restringe, excepcionalmente derechos, cuando una persona ha vulnerado los derechos de otras y se justifica la aplicación de una pena. Los límites para no caer en la venganza privada

¹³ Ibidem, Art. 201-203.

ni tampoco en la impunidad deben estar claramente establecidos en el derecho penal, a la luz del derecho constitucional.

Antiguamente se concebía como bien jurídico protegido aquel que emanaba del propio Código Penal. Actualmente, en un régimen constitucional, sólo puede ser un bien jurídico aquel que ha sido reconocido como un derecho fundamental. No obstante, no todo derecho constitucional debe estar penalmente protegido, sino exclusivamente cuando el sistema administrativo o civil no tienen capacidad de solucionar el conflicto.

Por esta razón, todos y cada uno de los tipos penales, el rol de los participantes en el proceso, los procedimientos, y las estructuras, deben adaptarse a los lineamientos constitucionales, para evitar violaciones innecesarias a los derechos y para promover, cuando sea el caso, los derechos de las personas.

Por otro lado, una característica propia del derecho constitucional es lo que se ha denominado el “derecho por

principios”. Esto quiere decir, como lo veremos más adelante, que las normas jurídicas evitan establecer reglas determinadas, con hipótesis de hecho y con consecuencias fijas, por lo que estas normas suelen denominarse téticas. A través de los principios se establecen mandatos de optimización. Los principios tienen la virtud de adaptarse a los tiempos, a las circunstancias de los casos y al debate argumentativo.

Desde esta perspectiva constitucional, no es difícil darse cuenta que el actual sistema penal es incoherente y sin un eje articulador, que existen normas inconstitucionales, caducas, insuficientes, inadecuadas y contradictorias en todos los componentes del sistema penal.¹⁴

Que es imprescindible la construcción de un sistema normativo penal adecuado a las exigencias constitucionales y relacionado con la democracia y el actual Estado. Para ello es imprescindible un nuevo Código de Garantías Penales¹⁵ que recoja la valiosa doctrina constitucional que orientada a la

¹⁴ Esto comprende al Derecho Penal sustantivo, Derecho Penal adjetivo y Ejecución de penas.

¹⁵ Desde hace poco, se ha socializado el libro denominado “Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal”, que hace un llamado a la sociedad para aportar con sus criterios.

protección y promoción de todos los derechos fundamentales del ser humano así como la actuación de los administradores de justicia bajo esta óptica.

La Constitución del Ecuador, como ninguna otra en la historia de nuestro constitucionalismo, establece 64 artículos que reconocen derechos y que, a su vez, se multiplican en sus numerales y literales¹⁶. De igual modo, establece garantías que suponen la protección y promoción de todos los derechos. Los derechos establecen vínculos y límites al Estado. Por los vínculos, el Estado tiene obligaciones prestacionales, tales como establecer judicaturas con suficiente número de servidores judiciales adecuadamente capacitados; por los límites, el Estado tiene prohibiciones específicas que no puede romper a menos que incurra en graves violaciones a los derechos humanos, tales como no torturar, no sancionar sin un debido proceso, no discriminar.

El maestro Ferrajoli (2008:27) sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el Estado

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 66 que reconoce los derechos de libertad tiene 28 numerales y el artículo 77 contenido del derecho del debido proceso en lo penal tiene 14 numerales.

Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”. Por este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: 1.- Las garantías sustanciales entre las que tenemos el principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad; 2.- Las garantías procesales entre las que tenemos la contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad; y, 3.- Las garantías orgánicas entre las que distinguimos la independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural.

El garantismo penal permite brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; al establecer el parámetro de legitimación del Estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un Estado

constitucional de derechos y justicia. En este punto final conviene detenerse un momento.

La democracia que demanda una Constitución fuertemente materializada como la ecuatoriana no es la democracia formal o aquella en la que simplemente importa quién decide y cómo. La voluntad de la mayoría inevitablemente se orienta hacia formas de derecho penal autoritario o máximo en términos de represión. Como se constata en el debate público de nuestros políticos ecuatorianos y como nos recuerda el maestro Ferrajoli, la mayoría tiende a concebir al derecho penal "...como un instrumento de defensa social,en el que se piensa que existe una parte de la población que no es desviada y es a quienes hay que proteger, y otra parte de la población que son una minoría de desviados. La defensa social nos lleva no solo a desconocer la Constitución sino al terrorismo penal. La democracia, entonces, no sólo puede ser la voluntad del pueblo sino que esa voluntad debe estar restringida por los derechos..." (2008:21).

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia existe una esfera que no es decidible¹⁷ por las mayorías y que, por tanto, se sustrae de la voluntad mayoritaria. En el ámbito penal, en concreto, qué es lo que no se puede decidir: todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal. Estos derechos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad ciudadana, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria¹⁸. (Juan Pablo Morales, 2008).

En suma, como concluye el maestro Ferrajoli, (2008:24) citado por Avila (2009) “....no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de

¹⁷ En la democracia sustancial sí importa *quién* y *cómo* se decide, pero también *qué* se decide.

¹⁸ De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas.

la mayoría. Ninguna mayoría¹⁹, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”. De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aún contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

Uno de los aspectos más difícil de sortear al constitucionalizar el ordenamiento penal es aquel que demanda eficiencia en la justicia penal y respeto de garantías de los procesados. Si la balanza se inclina por la eficiencia fácilmente se cae en un funcionalismo penal, que arrasa con todas las garantías, y si se inclina por los derechos a ultranza de los procesados se puede llegar a un sistema que promueva la impunidad.

¹⁹ En la Asamblea Nacional se han presentado, en los últimos tiempos, muchas propuestas de reformas que pretenden solucionar problemas concretos y no siempre bien diagnosticados. Se cree, por ejemplo, que restringiendo garantías y aumentando las penas se puede solucionar el problema de la delincuencia. Sin embargo, se ha demostrado que esta fórmula resulta ser una medida meramente política (populismo penal), inútil en el cumplimiento de sus objetivos declarados.

¿Cómo hacer justicia penal sin sacrificar garantías? El punto más crucial lo encontramos al tener que desarrollar los derechos de las víctimas. Cada derecho de las víctimas en el proceso penal puede comprometer las garantías de las personas procesadas. Por ejemplo, un sistema garantista podría prohibir la apelación de la sentencia cuando el fiscal o la fiscal no logra su pretensión de condena en la sentencia, pero esta institución podría verse como en desmedro de los derechos de la víctima a la justicia, verdad y reparación.

Es por ello que cada una de las instituciones sustantivas y procesales deben ser pensadas en encontrar este equilibrio y remitirnos al principio constitucional que ordena favorecer a la parte más débil del proceso penal establecido en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución del Ecuador, cada vez que dudamos. El axioma, a fin de cuentas, es que la Constitución no puede admitir eficiencia a cambio de sacrificio de las garantías. En este sentido, por ejemplo, debe repensarse la institución del juicio abreviado²⁰ que, bajo la premisa de que la confesión del procesado bajo amenaza o supuesta

²⁰ Autores como Gabriel Ignacio Anítua, Julio Maier y Alberto Bovino y Luigi Ferrajoli, entre otros se han manifestado en contra de esta figura, citados por Ramiro Avila.

“negociación” de la pena, sacrifica el principio de que nadie tiene derecho a autoinculparse y que el testimonio del procesado debe servir únicamente como medio de defensa establecido en el artículo 77 numeral 7 literal c.

Otro de los retos que se presenta es la utilización de herramientas como la teoría del bien jurídico ponderado²¹ y reflexionar acerca de la relación que existe entre el bien jurídico constitucionalmente respaldado, el delito y la potencial restricción del derecho a la libertad del supuesto autor de la infracción. Otro parámetro a considerar es el principio de lesividad y el de proporcionalidad: a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. (Alexy, 2008)

Así también es necesario reconsiderar constitucionalmente en la administración de justicia, figuras como la prisión preventiva que ha sido manejada con criterios de pre-pena, llegando a afirmarse que según el derecho procesal penal se condena sin juicio y se enjuicia sin proceso. (Zaffaroni, 2009).

²¹ Existen algunos doctrinarios que han hecho planteamientos respecto de este principio como Luis Prieto Sanchís, Robert Alexy, Miguel Carbonell, entre otros.

Concuerdo en este punto con lo manifestado en el anteproyecto del Código de Garantías Penales en el cual se propone que la única justificación para la prisión preventiva se configura cuando la persona es llamada a juicio oral y siempre que hayan fallado otras medidas cautelares no privativas de libertad, con lo cual se estaría revertiendo la actual tendencia en que la mayoría de presos son los preventivos, cuya situación se resuelve en sobreseimientos y que los presupuestos de la prisión sólo se completaban al momento del llamamiento a juicio puesto que ya se han logrado establecer indicios de existencia de la infracción y de responsabilidad penal.

Lastimosamente relatos como el del ciudadano suizo, Gilbert Dufour, quien publicó un libro denominado *Sospechas en Ecuador, Infernal injusticia*, en donde manifiesta su experiencia como víctima y procesado en el Ecuador, nos lleva a repensar la administración de justicia en nuestro país. Manifiesta que se vio abocado ante un sistema penal cruel que, en ninguna de sus fases y ninguno de sus actores, funcionó, a más de su dolor por haber perdido a su esposa; mientras era procesado y encerrado en una cárcel-mazmorra

donde se albergan las más tristes miserias de nuestra sociedad. Con sobradas razones subtituló a su libro “Infernal injusticia”.

CAPITULO II

LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO COMO VALOR SUPREMO Y FUNDAMENTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO POLITICO.

2.1.- LA DIGNIDAD COMO VALOR SUPREMO.

No podemos empezar nuestro trabajo y aproximarnos a la noción de los derechos fundamentales, sin poner de manifiesto que uno de los rasgos más importantes del constitucionalismo moderno y del derecho internacional de nuestro tiempo es la elevación de la dignidad del ser humano a la categoría de valor jurídico supremo del ordenamiento jurídico²², pues más allá de los totalitarismos que niegan esa supremacía así como de los graves atropellos que se siguen produciendo contra el hombre, el mundo actual se preocupa por defender la dignidad del ser humano y en promover sus principales derechos, toda vez que de ella se derivan los valores y derechos, con sus correspondientes deberes, que son la base de toda comunidad, de la paz y de la justicia en el mundo.

²² Ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbito socioculturales bastante dispares.

Bastaría con indicar, como sustento de tal afirmación que por su propia naturaleza, es decir, por el solo hecho de ser hombre, el ser humano posee una dignidad que es y debe ser el valor supremo de todo orden. Podríamos agregar que “...*el ser humano es una realidad en sí misma que tiene una existencia previa al ordenamiento jurídico y al propio Estado, y que es, y debe ser, el principio y fin de toda organización jurídico-política...*” (Juan Pablo II, 1980:846).

Por su parte, Ruiz-Giménez Cortés (1984) distingue cuatro niveles o dimensiones de la dignidad humana: 1.- **La dimensión religiosa o teológica** para quienes creen en la filiación del hombre con **Dios**, “**hecho a su imagen y semejanza**”, lo cual eleva su dignidad a su plenitud; 2.- **La dimensión ontológica**, derivada del solo hecho de ser hombre, es decir, de un ser dotado de inteligencia, de racionalidad, de libertad y de conciencia de sí mismo, que lo hace un ser personal y superior a todo ser animal, por lo cual posee una dignidad que debe ser el valor supremo de todo orden; 3.- La dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la

conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta; y de esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y de manipulaciones cosificadas; y, 4.- La dimensión social, como estima y notoriedad provenientes de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida de relación.

En el artículo 11 numeral 7 de la Constitución del año 2008, se establece: “....*El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la **dignidad de las personas**, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sena necesarios para su pleno desenvolvimiento..*”

Tomando en consideración los cuatro niveles o dimensiones planteados por Ruiz-Giménez, asumibles por quienes hayan de aplicar el precepto antes señalado, referido a la supremacía de la dignidad humana, considero que serían la de carácter ontológico (racionalidad y libertad del ser humano) y la de carácter ético profundo (autonomía y fin de sí mismo, no medio ni instrumento de nadie).

Por otro lado, más allá de las razones que se invoquen para sustentar la supremacía de la dignidad humana, no podemos dejar de apreciar que su elevación a la categoría de valor supremo de todo ordenamiento jurídico político no es extraño a los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos²³, a las cartas políticas o fundamentales, a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la doctrina sobre la materia.

En el Perú, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la dignidad del ser humano como fuente de los derechos inherentes al hombre, ha señalado que: *“La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación*

²³ Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948 partiendo de considerar en el primer párrafo de su Preámbulo: “...que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la familia humana”, proclama en su artículo primero que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1966 considera en el primer párrafo de su preámbulo que: “...conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Y luego en el segundo párrafo del mismo reconoce que “...estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana..”.

positiva como derechos humanos de carácter universal,; se hallan protegidos inclusive, a través de Tratados internacionales que obligan al Perú, porque en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad.” (Bustamante, 2001:62)

Por su parte, la doctrina no ha sido ajena a poner de relieve la supremacía de la dignidad humana. González Pérez, por ejemplo afirma que “...*La dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el derecho positivo no puede desconocer, como no puede desconocer los derechos a la misma inherentes*” (1986:82) y, Peces-Barba anota: “...*la dignidad humana es el fundamento y razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo*” (1984:85), mientras que Fernández Segado (1996) citado por Bustamante (2001:63) añade:

“...El valor último, el principio nuclear, es “la dignidad humana, sin connotación o conexión alguna con un determinado orden económico o social, pero valorada evidentemente como valor propio del individuo en sociedad”.

Es por ello que autores como Bustamante (2001)²⁴ señala que de la supremacía de la dignidad humana se derivan unos valores superiores como la libertad, la igualdad y la justicia. Así también se derivan unos derechos, con sus correspondientes deberes, que son anteriores al ordenamiento jurídico político por lo que tienen y deben tener su propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Este conjunto de valores y derechos-deberes por un lado fundamentan todo el ordenamiento jurídico político,²⁵ por otro lado, orientan el orden jurídico político hacia fines predeterminados²⁶, y por último, sirven de criterios para evaluar los hechos y las conductas de los individuos y de los órganos del Estado²⁷.

De estos valores superiores nace una serie de principios fundamentales, trascendentes, universales, tópicos y axiológicos, que coadyuvan a la creación, interpretación e

²⁴ Siguiendo a autores como Eusebio Fernández.

²⁵ En la medida en que son anteriores a él, lo fundan y lo determinan, dando lugar a que no sólo inspiren y dirijan la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y de todo acto jurídico en general, sino a que tengan propia fuerza normativa de la mayor jerarquía.

²⁶ De tal suerte que hacen ilegítimos aquellos actos o normas que persigan fines distintos u obstaculicen su concreción.

²⁷ Dando lugar a que todo acto u omisión contrario a su contenido deba ser invalidado o sancionado.

integración de las normas jurídicas, por lo que integran también los cimientos sobre los cuales descansa el derecho objetivo.

“Los valores tienden a concretarse en principios constitucionales que explicitan su contenido, pudiendo establecerse una distinción entre los unos y los otros basada en el diferente grado de concreción existente entre valores y principios. Los principios a su vez, se incorporan en disposiciones constitucionales específicas en las que los sujetos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión. Tal proceso se realiza, en primer lugar, en las propias disposiciones constitucionales y a partir de ellas, en las restantes normas de inferior jerarquía que integran el sistema jurídico.” (Hoyos, 1996:51-52).

Sobre este tema Fernández Segado da cuenta que: “...*La doctrina, partiendo de la distinción establecida por Dworkin entre fines, principios y reglas, ha diferenciado al respecto los valores de los principios y las reglas. Estas últimas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.*

Los principios son cláusulas genéricas que enuncian modos de ser del Derecho. Los valores son cláusulas más generales aún que establecen fines a alcanzar, dejando a los operadores jurídicos la elección de los cauces más idóneos para su efectividad.

Los valores traen causa y evocan realidades culturales metajurídicas, pero como bien sostiene Parejo, en su análisis como normas jurídicas, su origen y formación pierden trascendencia para pasar a primer plano su condición de prescripciones jurídicas. Desde esta perspectiva son, pues, normas construidas con conceptos jurídicos, que encuentran además una protección reforzada...” (Fernández Segado, 1992:93).

Por tanto, si la dignidad del ser humano es el fundamento y el valor supremo del ordenamiento jurídico político, no es extraño afirmar que los derechos fundamentales encuentran su propio sustento en esa dignidad y que son elementos esenciales del mismo. Por ese motivo, su vulneración o la omisión de esfuerzos para su concreción, implicará una afectación a la persona humana y a las bases mismas del ordenamiento jurídico político.

Consecuentemente, para que la administración de justicia sea un proceso justo no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes) ni a la realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre para la defensa y efectividad de sus derechos así como para alcanzar la paz social y la justicia.

2.2- ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?

La Constitución del año 1998, sin duda, realizó un avance considerable en la parte dogmática al incluir en su normativa, principios de carácter general que serán útiles para interpretar los derechos y aplicarlos. En este capítulo intentaremos conceptualizar los principios y las garantías y daremos pistas sobre su comprensión y utilidad.

Hernán Valencia Restrepo en su obra “Nomoárquica, principialística jurídica a los principios generales del derecho

(1993:213) los principios son “...los imperativos jurídicos elementales, contentivos de los valores más altos o fundantes, esenciales para la salvaguardia de una sociedad en su conjunto.....Y si ellos son los fundamentos de todas las normas, deben servir para lo fundamental: para crearlas, interpretarlas e integrarlas.”.

R. Alexy en su trabajo titulado “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*” (1998) sostiene que los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de “optimización” quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser

determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un “*haz de posibilidades*” para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio.

El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica, para cualquier situación fáctica y porque carece de concreción.

Ramiro Avila en su trabajo “Los principios de aplicación de los derechos” (2008), mediante un ejemplo cotidiano nos explica claramente lo manifestado en líneas anteriores. En el derecho de los niños y niñas se establece que “.....*se atenderá al principio de su interés superior.....*”²⁸. El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal manera que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. Una niña de siete años, a las once de la noche, mira televisión. El padre, esgrimiendo

²⁸ Constitución del año 2008, Artículo 44.

el derecho al descanso y a la educación, sostiene que debe ir a la cama porque tiene escuela al día siguiente y la niña, alegando el derecho a la recreación, sostiene que se está divirtiendo.

El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos. Pondera. Si la niña sigue viendo televisión, al día siguiente se despertará cansada y no podrá asimilar las experiencias pedagógicas que reciba en la escuela; si la niña descansa, en cambio, podrá recuperar la energía para aprender y jugar al día siguiente. En este caso, por el principio de interés superior, la niña deberá descansar. Otra hipótesis. La niña ha tenido una jornada imparable de obligaciones. Ha ido a la escuela, ha recibido clases de piano, ha realizado sus tareas escolares, ha limpiado su cuarto y exige ver televisión para descansar. Son las seis de la tarde y el padre le quiere obligar a dormir. En este caso, en cambio, por el principio del interés superior, quizá convenga que la niña mire televisión antes de dormir. Las mismas personas, los mismos derechos y la solución es distinta porque los elementos a considerar cambian.

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias).

El principio enuncia que “.....*La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.....*”²⁹; y encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez aplica el tipo penal o la norma constitucional que es un principio. “*Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley,*

²⁹ Constitución del 2008, Artículo 76.6.

aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes” Ferrajoli (2005:876).

El principio enuncia que las personas con discapacidad tienen derecho a que se eliminen “...*las barreras arquitectónicas...*”³⁰. En la ciudad, las veredas y el acceso a los edificios públicos no tienen acceso para las personas que se movilizan en silla de ruedas. No existen normas jurídicas, en leyes ni ordenanzas, que viabilicen el principio constitucional. En este caso, existe una anomia, que puede ser llenada por el Consejo Municipal o por el fallo de un juez o jueza al conceder la protección de derechos.

Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomias. En el primer caso descrito, el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la

³⁰ Constitución del 2008, artículo 47.10.

pena aplicable³¹ y, en el segundo, crear una norma basada en el principio de atención prioritaria.

Los principios se refieren a los derechos y a la organización del Estado y los encontramos tanto en la Constitución como en el resto del sistema jurídico, ya sea en normas internacionales como en normas infra constitucionales. En este capítulo trataremos sobre los principios de carácter constitucional, referidos a los derechos y los que están en el capítulo I del título II, denominado “*Principios de aplicación de los derechos*”.

2.3- LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS.

Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de

³¹ Fácil enunciar, pero en la práctica la construcción penal de una regla requiere un trabajo de elaboración compleja.

los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

La Constitución de 1998 estableció que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que los derechos se garantizan a todos y sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley para su ejercicio (Art. 18), que los derechos reconocidos y garantizados son los mencionados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art. 19) y que el estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (Art. 20 al 22). La Constitución del 2008 recoge todos los principios del año 1998 e incluye algunos más.

2.31.- PRINCIPIO DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS.

“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”*³² . En este enunciado se rompe con la tradición liberal de considerar que existían derechos individuales y, excepcionalmente, colectivos.

En la Constitución de 1998 los derechos se clasificaban en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, por una parte, y derechos colectivos por otra. Esta clasificación nos podría llevar a la conclusión de que los primeros son de carácter individual y los segundos de carácter colectivo. Esta posición es restrictiva, sin duda alguna, pues, resultaba que solo los titulares de los derechos podían exigir los primeros y cualquier persona de la colectividad los segundos. Es decir, la teoría liberal del

³² Constitución del 2008, Artículo 10.

derecho subjetivo se imponía. Los derechos subjetivos son derechos de carácter personalísimo en las relaciones horizontales; solo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia. El concepto de derecho subjetivo evoluciona al derecho subjetivo público, que tiene la misma lógica salvo que la parte denunciada puede ser el Estado. Una persona puede demandar en nombre de otra con autorización expresa del titular.

En cambio, en la Constitución del año 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominará doctrinariamente como derecho fundamental y no derecho subjetivo.³³ La forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias. La enumeración del artículo comienza con las

³³ Doctrinariamente esta posición se la conoce como la teoría del doble carácter, la misma que sostiene que los derechos fundamentales no sólo son derechos individuales subjetivos, sino también elementos esenciales del orden jurídico político en general, encargados de tutelar las conexiones objetivas y los complejos de normas jurídicas, superando así la relación individuo-Estado e irradiando su eficacia a todo el ordenamiento jurídico político.

Según Bustamante (2001) los derechos fundamentales son aquellos elementos esenciales del ordenamiento jurídico político, que derivándose de los valores superiores que nacen de la dignidad del ser humano, lo fundamentan, lo orientan y lo determinan, apareciendo como derechos subjetivos de los sujetos de derecho (de acuerdo al tipo de derecho que se trate) y, como elementos objetivos que tutelan, regulan y garantizan las diversas esferas y relaciones de la vida social, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía.

personas que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con el término pueblo ni nacionalidad. Las comunidades podrían tener vínculos de vecindad o geográficos, como la comunidad de Saraguro, o vínculos de otra especie, como la comunidad GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travestí y transexual).

Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, entre otras, como la nación Quichua o Shuar; los pueblos son subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no comparten los otros pueblos, como el pueblo Otavalo. Hay además los colectivos, integrados por personas que forman parte de manera temporal de una categoría social a los que, como partes de esta categoría, se les reconoce derechos específicos, como son los niños, niñas, adolescentes y otros a los que Peces Barba denomina “personas situadas” (1994). Finalmente, hay colectividades conformadas por individuos que tienen el interés común de que se les reconozca sus derechos por razones o

fundamentos jurídicos comunes como por ejemplo, un partido o agrupación política.

La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer constar esta característica de los miembros de la respectiva nacionalidad. Desde la perspectiva del juez o jueza, al conocer un caso por una demanda individual, también podría resolverlo con carácter colectivo; por ejemplo, en el caso de que una persona portadora de VIH-Sida, que requiera antirretrovirales, demande al Estado por omisión en la provisión de la medicina, el juez al constatar la violación podría determinar que un colectivo se encuentra expuesto a la misma situación. El ámbito y las posibilidades del derecho, en consecuencia, se multiplican.

La Constitución de 1998 dividía con claridad los derechos colectivos, que eran explícitamente los derechos indígenas y los derechos al medio ambiente, y los demás derechos, eran los individuales. Esta dicotomía, en la clasificación, impedía que un derecho no indígena o del medio ambiente, pueda ser exigido en dimensión colectiva; o, al contrario, que un derecho considerado colectivo pueda ser demandado en su dimensión individual.

Para apreciar las dimensiones individuales y colectivas pensemos en el caso hipotético de una política pública a través de la cual se distribuyen vacunas para niños y niñas menores de cinco años. Las vacunas se distribuyen solo en zonas urbanas y en escuelas públicas. Evidentemente, existiría una situación discriminatoria hacia los niños y niñas de zonas rurales y que se encuentran en las escuelas privadas y públicas. En la Constitución de 1998 la lectura sería que se trata del derecho a la salud que solamente podría ser exigido por los representantes de los niños y niñas que han sido discriminados, por tratarse de un derecho individual. La solución sería exclusivamente para el niño o niña que demanda. En cambio, en la Constitución del año

2008, cualquier persona, indiferente de si es víctima o no, podría plantear una acción de protección de derechos y la solución³⁴ beneficiaría colectivamente a todos los niños y niñas discriminadas.

En la Constitución del Ecuador del año 2008 constituye un avance conceptual la no distinción de la titularidad de derechos individual o colectiva, porque se amplían las posibilidades de exigibilidad de los derechos, en la medida que la naturaleza y el contenido del derecho fundamental así lo permitan. Así también sus titulares ven asegurado su status jurídico y libertad en todos los ámbitos de su existencia al tiempo que pueden ejercer sus derechos, reclamando el respeto y la debida protección a los mismos, así como exigir al Estado el cumplimiento de aquellas prestaciones necesarias para su concreción efectiva, con lo cual tutelan, regulan y garantizan las diversas esferas y relaciones de la vida social, entre ellas las que corresponden al derecho procesal tanto civil como penal.

³⁴ Entendida ésta como la sentencia dictada por autoridad competente.

2.3.2.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA EXIGIBILIDAD.

Los derechos se materializan, mediante la exigibilidad, cuando son violados. La Constitución del año 2008 determina que “...Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva...”³⁵. Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: “...Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.³⁶

En efecto, la Constitución de 2008 en el artículo antes citado, permite que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda proponer acciones constitucionales. La violación de los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupos de personas. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a

³⁵ Constitución del 2008, Artículo 11 numeral 1.

³⁶ *Ibidem.*, Artículo 86 numeral 1.

los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional.

A nivel constitucional, en la Constitución del Ecuador 1998 en el artículo 93 se estableció algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente, así como también establecía en el artículo 91, último inciso, que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, pueda ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente.

A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos reconocidos en la

Convención Americana de Derechos Humanos³⁷. Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente su violación sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

La legitimación activa, en el derecho comparado andino, puede ser “subjetiva” si solo las víctimas que sufren la violación de derechos pueden reclamar, “colectiva restringida” si se establecen excepciones para que cualquier persona pueda reclamar a nombre de otra, y “popular” (*actio popularis*) si cualquier persona puede intervenir a nombre de otra persona o de una colectividad. Sin duda, a la vanguardia en este aspecto se encuentra la Constitución del 2008 de Ecuador y la Constitución colombiana de 1991.

³⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

2.3.3.- PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.

El principio de igualdad³⁸, en la Constitución del año 2008, tiene algunas interesantes variaciones. Se reconoce: 1.- La igualdad formal; 2.- La igualdad material; y, 3.- La prohibición de discriminación³⁹.

1.- La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico – y no exclusivamente ante la ley–, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina “iguales pero separados”, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

2.- En la igualdad material, en cambio, se introduce un elemento sustancial que servirá para el análisis, que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos Boaventura de Sousa, contribuye a

³⁸ Constitución del año 2008, Artículo 11 numeral 2.

³⁹ *Ibidem.*, Artículo 66 numeral 4.

aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: “...todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza...”. (2003:164).

La igualdad jurídica implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. “...Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo..”. (Ferrajoli, 2005:907)

Bustamante (2001) considera que entre los deberes de un juez está el de evitar la desigualdad entre los sujetos por razones de sexo, religión, idioma, condición social, política o económica o de cualquier otro carácter, que afecte el acceso, el inicio, el desarrollo o el resultado justo de un proceso. Conforme a esta exigencia conocida como el principio de socialización del proceso, el juez se encuentra facultado y obligado a impedir que la desigualdad con que concurren las partes al proceso sea determinante para que los actos

procesales o las decisiones que se emitan tengan una orientación que repugne al valor justicia.

En definitiva se trata de agregar a la vieja tesis de “la igualdad de las personas ante la ley”, la “igualdad real de las partes en el proceso”, aún si para lograr tal igualdad el juzgador deba tratar a las partes en forma desigual, siempre que se base en criterios razonables, es decir, que haya un fin lícito basado en causas objetivas de justificación que obedezcan a la verdad y a la justicia y que los medios empleados sean proporcionales.

Mauro Cappelletti (1974) citado por Bustamante (2001:274) manifiesta: “....no basta que ante un juez imparcial haya dos partes en contradictorio, de modo que el juez pueda escuchar las razones de ambas; sino que hace falta, además, que estas dos partes se encuentren entre sí en condición de paridad no meramente jurídica.... sino que exista entre ellas una efectiva paridad práctica, lo que quiere decir, paridad técnica y también económica. No basta, en suma, la afirmación por parte del ordenamiento jurídico de una teórica y abstracta igualdad de los ciudadanos frente a la ley, cuando

las partes no estén, sin embargo, también en saturación de poderse servir, en igualdad de condiciones, de aquel complejo y costoso instrumento de tutela de los derechos que es el proceso...”

Esta postura también ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos cuando señalan que no todo trato diferenciado implica una discriminación o una afectación del derecho a la igualdad ante la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) ha señalado que: “...por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana....Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia.

No habrá pues discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que la discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.

Entonces, una cosa es la diferenciación de trato y otra muy distinta la discriminación o la afectación del derecho a la igualdad ante la ley.

3.- La Constitución de 1998 apenas enuncia que todos los derechos son garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. La Constitución del 2008, en cambio, se inspira en la Convención contra todas las formas

de discriminación de la mujer⁴⁰ que contiene una definición acabada sobre la discriminación (Alda Facio, 2003), para garantizar la igualdad, en el Artículo 11 numeral 2, definiendo lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas. En la definición, la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

Entre las categorías prohibidas, también encontramos novedades. A las prohibiciones ya numerosas de la Constitución anterior, se ha incluido el género, la cultura, ideología, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria; en total veinte características que no deben ser consideradas como criterios para distinguir en el trato a las personas. Estas categorías –se especifica– podrían ser personales o colectivas, temporales o permanentes.

⁴⁰ CEDAW, Artículo 1.

Las categorías prohibidas, que siempre deben entenderse como ejemplificativas, reflejan preocupaciones de movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados. Desde esta perspectiva, la enumeración, por grande que parezca, no es un agregado arbitrario o retórico.

2.3.4.- EL PRINCIPIO DE DIRECTA E INMEDIATA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

El Artículo 11 numeral 3 primer inciso de la Constitución del año 2008, dispone: “....Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.....”.

Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no

se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada. Para el derecho ordinario no existe discusión alguna en la teoría tradicional, que establecía que el juez debe aplicar la ley. Sin embargo, en relación a la Constitución tenemos algunas dificultades.

La teoría tradicional del derecho considera que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de normas. Unas de directa aplicación y otras programáticas. Se entendía que las primeras, al tener formas de reglas (hipótesis de hecho y obligación), podían ser aplicadas, mediante un proceso subsuntivo, por quien juzga. En cambio, las normas programáticas, aquellas que establecen objetivos a alcanzarse, tales como los derechos sociales, solo pueden ser aplicadas si existe desarrollo normativo. Esta teoría tiene sentido en el Estado legal de derecho, puesto que las autoridades judiciales están sometidos exclusivamente a la ley. Este principio se conoce como el de mera legalidad.

En el neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aún cuando tenga la estructura de un principio. La distinción entre normas programáticas y normas directamente

aplicables, es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas están sometidas además de la ley a la Constitución, y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que aplica. La sujeción a la Constitución, y no solo a la ley, se conoce como el **Principio de Estricta Legalidad**.

Por otro lado, los sujetos destinatarios de los derechos ya no son exclusivamente las autoridades judiciales. Esto también cambia la teoría tradicional del derecho. Las normas están destinadas a vincular y limitar a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.

El problema teórico, que se resuelve de forma fácil y enunciativa, a través de la comprensión de que los principios son normas, se torna terriblemente complicado en la aplicación práctica, en particular en aquellos derechos que demandan una fuerte intervención estatal.

Piénsese, por ejemplo, en el principio que establece que “..las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y

permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos...”⁴¹.
¿Puede ser directamente aplicable esta norma? La respuesta es categóricamente sí. Los ámbitos y las formas de resolver la real diferencia entre el “deber ser” del principio y el “ser” de la realidad requiere de la teoría de los derechos humanos y de técnicas de interpretación.

En principio, por el solo hecho de la existencia de la norma, las personas que consideran que se viola en la realidad este derecho, pueden iniciar una acción de protección de derechos. El resultado depende de las circunstancias. ¿Si un día usted no tiene dinero para comprar su almuerzo, podría considerarse que se ha violado su derecho a la alimentación? ¿Si la alimentación que se vende en un restaurante de comida rápida está llena de grasa saturada, estarían violando el derecho a alimentos sanos y nutritivos?

Quien juzga o la autoridad que pretenda aplicar el principio, debe resolver la cuestión en relación al contexto y a las posibilidades reales de aplicación. Puede ser que exista daño y por tanto se requiere reparación, puede ser que existan

⁴¹ *Ibidem.*, Artículo 13.

justificaciones que expliquen la falta de atención al derecho, puede ser que se aplique el principio de subsidiaridad y que las personas que tienen recursos deban por sí mismo satisfacer el derecho, puede ser que exista una omisión del Estado al formular políticas públicas sobre alimentación. La norma es siempre aplicable. Cuando la autoridad determina que no cabe la pretensión de la persona que considera que su derecho está siendo violado, puede eso significar que el principio está siendo aplicado.

El doctrinario alemán, Alexy (1998), para comprender el fenómeno de la aplicación del derecho, utiliza la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría las personas que tienen derecho y consideran que están siendo violados, solo podrán encontrar satisfacción por parte del Estado cuando tienen razones válidas y suficientes para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación en caso de que la norma no surta los efectos esperados.

Otro efecto de la directa aplicación es que no se requiere de intermediación de autoridad alguna para que se pueda

invocar el cumplimiento de una norma. Los pretextos de falta de ley o reglamento para excusarse de cumplir un derecho, tan comunes en un Estado burocratizado, no tienen cabida. Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo. Los argumentos sobre el derecho son los mismos para sostener la directa aplicabilidad de las garantías.

2.3.5.- TODO DERECHO ES JUSTICIABLE.

En la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del Estado y significaba que el Estado estaba abusando de su poder. El ejemplo paradigmático es el de la libertad de movimiento. Toda persona tiene la posibilidad y la atribución de moverse por donde le sea permitido; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, estaba violando su deber de abstenerse. Por el contrario, los derechos sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos

económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva. (Avila, 2008).

C. Sunstein citado por Ramiro Avila (2008), ha demostrado que los derechos civiles no son solamente de abstención sino que requieren múltiples recursos y que dependen de los impuestos. De igual modo, los derechos sociales tienen también dimensiones negativas, o sea, exigen abstención de parte del Estado cuando se practican formas ancestrales de medicina frente a las formas occidentales estatales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto énfasis en que éstos también pueden ser justiciables y que la diferencia en cuanto a la exigibilidad es de grado. Latinoamérica es paradigmática en cuanto a demostrar que los derechos sociales pueden ser justiciables. La Corte Constitucional de Colombia ha justiciabilizado el derecho a la salud pública cuando el municipio no ha concluido una obra de alcantarilla; los jueces argentinos han ordenado la provisión de agua potable a una comunidad que tenía agua contaminada, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha ordenado la provisión de medicinas a personas portadoras de

VIH, la Corte de la India ha dispuesto que las personas que viven en las calles no pueden ser desalojadas porque tienen derecho a la vivienda. (Avila, 2008)

En suma, la doctrina y la jurisprudencia confirma que todo derecho es justiciable y así lo recoge la Constitución 2008 en el artículo 11 numeral 3 último inciso: “...*Los derechos serán plenamente justiciables...*”.

2.3.6.- PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RESTRICCIÓN NORMATIVA.

“...Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales...”⁴²

La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con tres principios básicos a saber: 1.- La supremacía de la Constitución; 2.- El principio pro homine; y, 3.- El principio de progresividad.

1.- Al reconocer expresamente un derecho y una garantía, la Constitución establece un mínimo que no puede ser

⁴² Constitución del año 2008, Artículo 11 numeral 4.

disminuido. Irrespetar el mínimo, a través de una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida.

El principio de la prohibición de restricción no impide la regulación. Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable.

Por ejemplo, el amparo constitucional establecido en la Constitución de 1998 fue regulado sucesivamente por varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Esas regulaciones normativas establecieron condiciones tales como prestar otro juramento adicional al establecido en la ley, e imposibilitar las causales de amparo contra actos normativos de carácter general. Estas resoluciones eran

evidentemente inconstitucionales por regular requisitos no establecidos en la Constitución.

Puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva.

2.- **El principio pro homine** nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida. De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio pro homine deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada.

Como ya lo habíamos manifestado en líneas anteriores, el ser humano posee por su propia naturaleza, es decir, por el solo hecho de ser hombre o mujer, una dignidad que es el fundamento y el valor supremo de todo ordenamiento jurídico político. Esa naturaleza y su existencia previa al ordenamiento jurídico y al propio Estado convierten a la persona humana en el principio y fin de toda organización jurídico político y por tanto, el orden social y sus progresos deben dirigirse hacia el bien común, es decir, hacia el bien de las personas humanas.

3.- En cuanto al **principio de progresividad** de los derechos fundamentales⁴³ éste consiste en el perfeccionamiento o evolución que gradualmente experimentan –y que deben continuar experimentando- los derechos fundamentales, tanto en su número como en su contenido, con la finalidad de garantizar de mejor manera el status jurídico de sus titulares y contribuir de al logro de una sociedad libre, reconciliada y justa.

⁴³ Que no es exclusivo de este tipo de derechos pero que está presente de una manera mucho más marcada en ellos.

Algunos autores como Carlos Ayala (1994) citado por Bustamante (2001) considera que existe una manifiesta tendencia hacia la extensión de los derechos humanos, de modo continuado e irreversible tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos así como en su eficacia y vigor.

En la Constitución ecuatoriana del año 2008, el mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntimamente vinculado con la garantía normativa⁴⁴. El destinatario de esta norma es la Asamblea Nacional y todo órgano que tiene potestad o competencias normativas, tales como un Consejo Provincial, el Presidente cuando establece un reglamento, un ministro cuando realiza una resolución, y, por supuesto, la autoridad judicial cuando resuelve mediante sentencia, porque establece qué es norma para las partes. Como la Constitución también regula a los particulares, tenemos por ejemplo, que los estatutos de compañías, las directrices de un colegio, los contratos laborales tampoco podrían restringir los derechos.

⁴⁴ *Ibidem.*, Artículo 84.

2.3.7.- PRINCIPIO PRO-CONSTITUCIONALIDAD O DE APLICACIÓN MÁS FAVORABLE.

Debido a la naturaleza de los derechos fundamentales éstos son los elementos esenciales de un ordenamiento jurídico político y que gozan de la propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. La producción, interpretación y aplicación del conjunto normativo debe hacerse a la luz de las normas constitucionales y en especial de los derechos fundamentales, debiendo prevalecer en caso de duda o conflicto, la interpretación, integración o aplicación que dote de mayor valor, viabilidad y vigor al derecho fundamental. Se trata en definitiva de la reafirmación del **principio favor libertatis o del mayor valor de los derechos fundamentales**, es decir, que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible y que las normas y los actos jurídicos en general deben producirse, interpretarse y aplicarse de la forma más favorable para el contenido y la eficacia de tales derechos.

Como consecuencia de este principio, los límites que puedan válidamente pesar sobre los derechos fundamentales deben interpretarse restrictivamente a fin de garantizar su mayor

valor y la posición preferente que ocupan en el ordenamiento jurídico político. Por ese mismo motivo, si un derecho fundamental entra en conflicto con una norma de poder de rango constitucional, el conflicto debe resolverse dando preferencia al primero. Si el conflicto se presentara con una norma de inferior jerarquía, ésta última resultaría inválida por colisionar con un derecho fundamental.

El artículo 11 numeral 5 de nuestra Constitución señala: “...En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

Este principio supone dos situaciones posibles: 1.- Que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso; y, 2.- Que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

1.- De darse el primer caso, esto es, dos normas aplicables para una misma situación o caso, se debe optar por la mejor para la persona. En el año 1973, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el controversial caso “Roe v. Wade”, a través del cual permitió el aborto bajo ciertas condiciones, lo hizo bajo el argumento del derecho de la intimidad, que prohíbe la injerencia arbitraria del Estado en la vida de las mujeres. Otro derecho que pudo haberse aplicado es el de la libertad.

El movimiento feminista de los Estados Unidos considera que la norma que más protege el derecho a las mujeres es de la libertad más que el de la intimidad. En el derecho a la intimidad se reforzó la separación de lo público con lo privado y la no injerencia el Estado en asuntos que no son de su incumbencia. Esta aplicación puede ser contraproducente para reivindicaciones públicas de espacios privados como el de la violencia doméstica. Más allá de las discusiones sobre la legitimidad del aborto, la autoridad que debe aplicar un derecho debe guiarse por la norma que brinde mayores posibilidades de ejercicio de derechos.

En el caso brevemente relatado, tenemos dos normas, desde la perspectiva de las mujeres, que pueden ser aplicadas. ¿Cuál norma expande los derechos de manera más contundente?

2.- En el segundo caso es decir, dos o más interpretaciones para una misma norma, se debe optar por la mejor. En general, el derecho siempre es interpretable. Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y éstos se multiplican en el contexto. Cada palabra tiene más de un significado, y basta ver un diccionario de sinónimos; cada palabra adquiere sentido en una frase; cada palabra cobra sentido, incluso, en un contexto histórico, social y cultural.

Grafiquemos lo manifestado con un ejemplo. En el artículo 30 *ibidem* se establece que “...Toda persona tiene derecho a una vivienda *adecuada* y digna. ¿Qué significa una vivienda *adecuada* para una persona indígena que vive en un ambiente comunitario, cálido y lluvioso? ¿Qué significa una vivienda *adecuada* para una persona urbana, soltera,

jubilada, discapacitada? La palabra *adecuada* debe ser interpretada en función del contexto, de la persona beneficiaria, de las necesidades, de la cultura, de los medios que se dispongan para hacer una vivienda. Otro ejemplo de carácter procesal.

Nuestra Constitución, en el artículo 86 numeral 2 literal d, establece que en las acciones de protección de derechos, las notificaciones deben hacerse de la manera que sea más *eficaz* que estén al alcance de las partes. La palabra *eficaz* puede entenderse desde el derecho civil, que implicaría un trámite escrito, formal y lento, o desde los avances de la informática, que implica un trámite a través de un medio electrónico, sin firmas e inmediato. Ante estas dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe favorecerse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del Estado.

2.3.8.- PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DE LOS DERECHOS.

La Constitución del año 2008 en el numeral 6 del artículo 11, recoge lo que en su momento fue una aspiración y un llamado de la comunidad internacional⁴⁵: “...*Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”. Es decir se establece el llamado Principio de Integralidad de los derechos.

L. Ferrajoli (1999) aporta a la comprensión de los derechos con una caracterización bastante precisa de los derechos fundamentales, que se distinguen de manera clara con los derechos ordinarios o patrimoniales. Las características que distinguen a los primeros son precisamente los establecidos en la Constitución y que son:

⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena: “5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”.

a.- Inalienables.- Los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar de contenido. En cambio los derechos patrimoniales pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede ejercer esa disposición respecto de la propiedad.

b.- Irrenunciables.- Una persona no puede renunciar, bajo circunstancia alguna, de la titularidad de estos derechos. En cambio, en los derechos patrimoniales caben algunas formas de renuncia como por ejemplo el abandono y la donación. Una persona puede despojarse de la propiedad de un bien arrojándolo a la basura o regalárselo a otra persona, sin que este abandono o renuncia implique violación de derecho alguno.

c.- Indivisible.- Los derechos, al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro. Las personas al mismo tiempo están ejerciendo múltiples derechos (vivir, libertad de movimiento, de pensamiento, de expresión, vivienda, nutrición, salud...) o los están violando. Así como en la vida no se puede afirmar que se ejerce un

derecho a la vez, así tampoco se debe analizar los derechos sin consideración de los otros.

Una persona es digna cuando todos los derechos están satisfechos. Los derechos patrimoniales, en cambio, son por naturaleza divisibles: se puede dividir la herencia, la propiedad horizontal, puedo vender un vehículo por partes, hipotecar una propiedad, satisfacer un crédito periódicamente, dividir la sociedad conyugal.

d.- Interdependiente.- Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos sistémicamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se lo puede dividir en compartimentos, tampoco se puede hacer este ejercicio con los derechos.

Una vivienda inadecuada, por no tener baños, ventilación, espacio suficiente, puede afectar al derecho a la intimidad, a la salud, a la familia, a la educación. De igual modo, por

ejemplo, una alimentación inadecuada puede afectar la salud, la concentración en la escuela, la posibilidad de realizar deportes y hasta la vida misma. Por esta razón, la autoridad que aplique, restrinja o repare un derecho tiene que tomar en consideración los otros derechos que están en juego.

e.- Igual jerarquía.- Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación a la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades según el orden establecido en nuestro ordenamiento jurídico político.

El argumento de que los derechos de la libertad se encuentran al final y por tanto el constituyente les ha dado una importancia secundaria es falaz. Eso querría decir que quienes escribieron la Constitución del año 2008, al poner en último lugar a los derechos colectivos y los derechos sociales, relegaron su importancia. Sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos sino que

establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias.

2.3.9.- LAS FUENTES DE LOS DERECHOS.

En el artículo 11 numeral 7 de la Constitución en vigencia, se establecen algunas fuentes del Derecho a saber, mediante la siguiente fórmula: “...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

1.- La Constitución es el gran referente para identificar aquellos derechos que un país considera de vital importancia para fundamentar la convivencia de las personas y los pueblos en un Estado. Estos derechos están en lo que se denomina la parte dogmática de la Constitución. El primer lugar al que se debe recurrir para saber cuáles son los derechos que tienen protección especial en un Estado es, sin duda, a la Constitución.

2.- Los instrumentos internacionales son de dos clases: los tratados y el *soft law*.

Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requieren un trámite de aprobación, normalmente parlamentaria, al interior de los Estados, y cuya ratificación debe depositarse ante un organismo internacional. Una vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente. Los tratados de derechos humanos contienen un preámbulo⁴⁶, obligaciones generales⁴⁷, enumeración de derechos⁴⁸ y un mecanismo de protección⁴⁹.

El *soft law*, en cambio, implica simplemente una firma del Estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. Se dice, por tanto,

⁴⁶ Explicación de por qué el tratado.

⁴⁷ Que básicamente consiste en respetar y hacer respetar los derechos.

⁴⁸ Es el cuerpo del tratado.

⁴⁹ Que puede ser un mecanismo de información, como el establecido en la Convención de los Derechos de los Niños; un mecanismo cuasi contencioso, como el establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; o un mecanismo contencioso, como el reconocido en el estatuto de Roma.

que no son vinculantes y de ahí la denominación de “derecho suave”. Entre los documentos de *soft law* podemos enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices. (Villán, 2002).

¿Se puede invocar un derecho establecido en el *soft law* en Ecuador? Sin duda alguna la respuesta es sí. No solo porque en Ecuador se pueden invocar los derechos que emanen de la dignidad, que el *soft law* puede ayudar a enunciarla, sino también porque el artículo *in comento* de manera clara establece que los derechos que reconoce Ecuador están en los **instrumentos de derechos humanos**.

3.- La referencia a la dignidad tiene sustento jurídico innegable al que ya nos hemos referido brevemente al inicio de este capítulo, aunque también podría tener referencia al iusnaturalismo, que tanto fue criticado por el positivismo. Esta cláusula que remite a la dignidad, que en la doctrina se conoce como “cláusula abierta”, abre la posibilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, puedan ser justiciables.

La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos. Por ejemplo, supongamos que la experimentación genética llegue a ser tan desarrollada que la dignidad pueda ser afectada. Una persona científica, modificando genes, puede dotar a un ser humano de características tan excepcionales que sea inmune a las enfermedades, sea clarividente y pueda anticipar la voluntad de otros. Una sociedad con estas personas sería inevitablemente jerárquica y en consecuencia discriminatoria. En estas circunstancias hipotéticas ¿puedo demandar el derecho a la no experimentación científica con el genoma humano?.

Los derechos son una realización histórica. El derecho a la naturaleza, que reconoce Ecuador en un contexto de calentamiento global y de extinción de bosques primarios, era inconcebible hace cincuenta años cuando no se consideraba siquiera que el modelo de desarrollo podría implicar una destrucción de la naturaleza que afecte la subsistencia incluso del ser humano. En el liberalismo clásico del siglo XIX no estaba bajo discusión que las mujeres, los niños, niñas, indígenas, analfabetos tuvieran derechos y pudieran ser

ciudadanos o ciudadanas. ¿Tienen derecho las generaciones futuras? ¿Pueden existir necesidades de reconocimiento de derechos, que el ser humano de ahora no puede visualizar, con los amenazas de la técnica? De ahí la necesidad de una cláusula abierta en beneficio de los seres humanos y como herramienta de protección contra los males o amenazas no identificadas.

2.3.10.- PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD.

La Constitución vigente en el artículo 11 numeral 8, recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y el de no regresividad. Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran de desarrollo progresivo y que solo los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad.

Por ejemplo, nadie negará que la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que, al mismo tiempo, requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad; la inviolabilidad de la correspondencia comprendía, en el pasado, la de la comunicación escrita, luego se extendió a la telefónica y ahora comprende a la que se realiza por medios electrónicos; de igual modo, el derecho a la libertad y el secreto del voto es de cumplimiento inmediato siempre, pero uno es el alcance cuando se emplea medios puramente mecánicos, y otro cuando se consideran medios electrónicos, que implicaría progresión hacia el perfeccionamiento de los instrumentos para emitir y registrar el voto; el derecho a la salud es de cumplimiento inmediato, pero de cumplimiento progresivo conforme las enfermedades aparecen o se extienden y la ciencia médica avanza en la prevención o tratamiento de ellas. (Avila, 2008)

2.3.11.- PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD.

El complemento más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos. Al respecto, en el Artículo 11 numeral 8 último inciso, *ibidem* se establece que: "...Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos..".

La regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. Es decir, se podría admitir una regresión en el goce de derechos, en forma excepcional y por tiempo determinado, si se justifica adecuadamente. De este modo, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de los derechos, como la inversión en educación o salud, o los establecimientos para proveerlas no pueden disminuir en cuanto a montos o coberturas, ni privar a quienes gozan de ellos. Si esto sucede, existiría una violación a menos que el gobierno justifique

adecuadamente las causas y éstas sean razonablemente aceptables.

Se garantiza así la continuidad en las políticas y los servicios sin distinguir si se trata de un gobierno u otro, con una ideología determinada o la opuesta⁵⁰.

2.3.12.- PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

El último principio tiene referencia con la responsabilidad del Estado. En la Constitución vigente en el artículo 11 numeral 9, se señalan cuatro elementos a saber: 1.- El más alto deber del Estado; 2.- La responsabilidad objetiva; 3.- La repetición; 4.- Responsabilidad por violación a la tutela judicial efectiva; y, 5.- Debido proceso.

1.- El Estado absoluto tenía como el más alto deber cumplir con la voluntad de la autoridad soberana; el Estado liberal

⁵⁰ Sobre la doctrina y jurisprudencia más actualizada sobre la prohibición de regresividad véase Christian Courtis, *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

tenía como más alto deber cumplir la ley; en el Estado constitucional, en cambio, “...el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”⁵¹. Los otros fines del Estado son secundarios frente a éste y deben entenderse funcionalizados a su cumplimiento.

Por ejemplo, la defensa de la soberanía del Estado⁵² tiene sentido en cuanto se defiende un Estado que protege y garantiza los derechos de la gente; no tienen sentido la defensa de un Estado por el Estado, por el orden público, por seguridad nacional o, en general, por cualquier fin de carácter abstracto desvinculado de las personas.

La Constitución reproduce la forma tradicional de los tratados internacionales de derechos humanos de establecer las obligaciones generales frente a los derechos: respetar y hacer respetar. “Respetar” implica obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos; por ejemplo, cuando alguien está ejerciendo la

⁵¹ *Ibidem.*, artículo 11 (9), primer inciso.

⁵² *Ibidem.*, artículo 3 numeral 2.

libertad de movimiento, ningún agente de Estado puede detenerlo; otro ejemplo, cuando una persona ejerce su derecho a la salud a través de un régimen homeopático, el Estado no puede imponer medicamentos.

“Hacer respetar”, en cambio, implica obligaciones de hacer u obligaciones positivas. Esta obligación puede tener dos manifestaciones. La una es tomar medidas, tales como elaborar una política pública, un programa de capacitación, expedir una ley, construir una escuela, o ejecutar un plan de vacunación. La otra es impedir que terceros, con sus acciones u omisiones, provoquen violaciones a los derechos, y esto tiene que ver con tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos horizontales (delitos, deudas, contratos incumplidos, violencia intrafamiliar). (Avila, 2008).

Estas obligaciones se reiteran cuando la Constitución trata el tema de la reparación en la acción de protección de derechos: el juez o jueza tiene la obligación de “especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas...”⁵³. Se incumplen las obligaciones de respeto cuando el Estado

⁵³ Ibidem, artículo 86 numeral 3.

realiza acciones y de “hacer respetar” cuando el estado omite actuar. En el primer caso cuando, por ejemplo, discrimina o tortura; en el segundo caso, cuando incumple un mandato claro y expreso del tipo “el Estado generará las condiciones de protección integral a sus habitantes a lo largo de sus vidas...”⁵⁴ .

2.- La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos por oposición a la responsabilidad subjetiva del derecho civil. En la responsabilidad objetiva responde el Estado cuando existe un daño; en la responsabilidad subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo.

La formulación: “...El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos...”⁵⁵ expresa la responsabilidad objetiva.

⁵⁴ *Ibidem.*, artículo 341.

⁵⁵ *Ibidem.*, artículo 11 numeral 9, inciso segundo.

Aún cuando no aparezca expresamente el enunciado sobre la responsabilidad objetiva, sería un gran error interpretar y aplicar categorías del derecho privado en la institucionalidad de los derechos. La responsabilidad objetiva también la encontramos en el derecho ambiental: producido un daño ambiental, hay que repararlo, aún cuando el daño se produjo por negligencia o culpa.

3.- ¿Tiene sentido que una persona pague, a través de sus impuestos, por la reparación material que realiza el Estado cuando ha sido condenado por torturar? Si bien el Estado, por la responsabilidad objetiva, responde ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de los agentes del Estado, no es menos cierto que tiene la obligación de repetir.

“Repetir” quiere decir que tiene la obligación de investigar y sancionar a los agentes del Estado que provocaron la violación de derechos, de tal forma que el responsable individual pague lo que el Estado hizo a su nombre. La víctima de violación de derechos reclama al Estado y no al

agente. Cuando el Estado es condenado tiene la obligación de reclamar al agente.

En el derecho internacional de los derechos humanos cuando un Estado es sancionado expresamente se determina en la sentencia que debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y la subsiguiente responsabilidad del Estado.

4.- La Constitución dedica especial atención a las violaciones relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva. La tutela efectiva puede ser considerada como un sinónimo de protección efectiva de los derechos. Si una persona ha sufrido la violación de un derecho, el Estado tiene la obligación de ofrecer un recurso sencillo, rápido y eficaz. El Estado le hace el daño y le tiene que ofrecer un mecanismo adecuado para repararlo.

La Constitución ejemplifica algunas violaciones que puede provocar el uso de esta herramienta privilegiada de protección: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia,

violaciones de los principios y reglas del debido proceso, revocación de sentencia condenatoria y, en general, violación a la tutela judicial efectiva.

Monroy Gálvez citado por Bustamante (2008:185) define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como aquel “...que tiene todo sujeto de derechos –solo por el hecho de serlo- y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional.... La jurisdicción tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional”.

5.- Finalmente, se hace referencia a las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. La importancia que tiene el proceso justo o debido proceso para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como un principio general del Derecho, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental.

Debido a la importancia que comporta el debido proceso no podemos desagregar cada uno de sus componentes ni

analizarlo más detalladamente pues es un trabajo demasiado amplio que podría ser desarrollado en otros espacios. Por lo pronto nos limitaremos a expresar que el debido proceso es un derecho fundamental de carácter instrumental pues además de ser él mismo un derecho fundamental, cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

2.4.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Otro de los principios básicos para el ordenamiento jurídico político de vital importancia es el principio de proporcionalidad aunque éste no esté contemplado dentro de los principios de aplicación del Derecho en el artículo 11 de la Constitución vigente.

Para Gloria Patricia Lopera, en su artículo Principio de Proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales (2008) el principio de proporcionalidad representa una *estructura argumentativa* que permite al órgano jurisdiccional, (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto

es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales.

Esta herramienta argumentativa cuando se proyecta sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales presenta exigencias específicas, o presupuestos como las que vamos a enunciar.

Si, como se ha dicho, el presupuesto para dar aplicación al principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo primero será verificar la existencia de dicha colisión en el caso a decidir. Para ello es preciso, en primer lugar, determinar cuáles son los *derechos fundamentales prima facie afectados por la ley penal*, tanto a través de la prohibición contenida en la norma de conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de pena establecida en la norma de sanción.

Por ejemplo, si se tipificara como delito la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, se tendría que, a través

de la obligación de someterse a dichas pruebas establecida en la norma de conducta, se afecta una posición *prima facie* comprendida dentro del derecho a no declarar contra sí mismo. Por su parte, a través de la norma de sanción, se establecería una intervención no sólo en la libertad personal, sino en todos los demás derechos que se verían afectados por el régimen de ejecución de la pena de prisión.

Adicionalmente, toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento, pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde el punto de vista iusfundamental, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae.

El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la *legitimidad constitucional* del fin perseguido con la intervención penal. Para ello es preciso, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar

si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo que sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie* cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines.

Así, por ejemplo, cabría pensar que existe una prohibición definitiva de perseguir a través del derecho penal fines tales como impedir a los españoles entrar o salir del país por motivos ideológicos, asegurar la afiliación obligatoria a sindicatos, imponer determinados modelos de virtud (legislación perfeccionista) o proteger intereses basados en criterios de discriminación prohibidos.

2.4.1.- SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

2.4.1.1.- IDONEIDAD

El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar si la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue. Se entenderá que tal es el caso cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida

adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido.

.

2.4.1.1.1.- IDONEIDAD DE LA NORMA DE CONDUCTA.

El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal. En el primer caso es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico. Por esta vía, el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del *principio de lesividad*, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, *la exterioridad de la acción típica*, condición necesaria para verificar el vínculo que une la

realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico.

Conforme a este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un *peligro abstracto* para el bien jurídico que fundamenta la intervención.

El margen de control de que dispone el administrador de justicia en el juicio de idoneidad es bastante reducido, limitándose, en el caso de la norma de conducta, a verificar que el pronóstico de peligrosidad que efectúa el legislador al momento de tipificar la conducta encuentra respaldo en reglas de experiencia y en el conocimiento disponible y, a lo sumo, a utilizar la técnica de las sentencias interpretativas para declarar la idoneidad de la norma de conducta a

condición de que se entienda que la misma incorpora como requisito de tipicidad de la acción, la verificación de que concurren las condiciones necesarias para que su realización represente un peligro para el bien jurídico, atendiendo al contexto causal en el que se desenvuelve la acción⁵⁶.

Gloria Lopera (2008) explica que la noción de contexto causal se refiere al conjunto de circunstancias adicionales que deben concurrir para que un determinado fenómeno, percibido como *causa* de otro, desencadene el resultado previsto. Así, en el ejemplo que propone esta autora, consideramos que raspar una cerilla es la “causa” de que se encienda, pero ello sólo ocurre porque se dan otras condiciones tales como la presencia de oxígeno, que la cerilla no esté mojada, etc., todas las cuales conforman el “contexto causal” sin el cual no se produciría el efecto esperado.

2.4.1.1.2.-IDONEIDAD DE LA NORMA DE SANCIÓN.

⁵⁶ Por ejemplo, en el delito del porte de armas exigir como condición de tipicidad que el arma esté cargada o en el delito de conducción bajo el efecto de bebidas embriagantes exigir como condición de tipicidad que la persona conduzca por una vía por la que circulen otros vehículos u otros peatones.

Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. Se trata pues de examinar la *eficacia preventiva* que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivos generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta.

La única exigencia de prevención especial que cobra relevancia en sede de control abstracto es la derivada del mandato constitucional de resocialización, el cual, interpretado en clave negativa, conduce a excluir del conjunto de los medios penales idóneos todas aquellas sanciones abiertamente desocializadoras, como es el caso de la prisión perpetua o de penas privativas de libertad que en la práctica produzcan el mismo efecto, teniendo en cuenta su duración y la esperanza promedio de vida de la sociedad en que se imponen.

2.4.1.2.- NECESIDAD.

Una vez acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa.

La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego. (Lopera, 2008).

2.4.1.2.1.- NECESIDAD DE LA NORMA DE CONDUCTA.

Proyectado al control de los tipos penales, el subprincipio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal.

Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta, buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al *principio de fragmentariedad*.

En este caso los medios alternativos a comparar con la norma enjuiciada pueden consistir, ya sea en la desregulación o plena liberalización de la conducta prohibida, o bien en la búsqueda de alternativas de tipificación que reduzcan el ámbito de lo prohibido, indagando si para la

protección del bien jurídico es suficiente optar, por ejemplo, por delitos de lesión en lugar de delitos de peligro, y entre estos últimos, de peligro concreto en lugar de abstracto, por formas de comisión activas y no omisivas, por tipos dolosos en lugar de imprudentes, etc., o si es posible definir con mayor precisión las conductas objeto de prohibición penal.

2.4.1.2.2.- NECESIDAD DE LA NORMA DE SANCIÓN.

Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al *principio de subsidiariedad* en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de *alternativas al derecho penal*, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de *penas alternativas*.

De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; mientras que, en un segundo momento,

una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.

Entonces tenemos:

a.- Búsqueda de alternativas al derecho penal.- En cuanto a lo primero, es necesario distinguir los medios alternativos situados por fuera del derecho penal según tengan o no naturaleza sancionadora, pues el juicio de necesidad suscita problemas diversos en relación con cada uno de ellos.

Por lo que respecta a las alternativas no sancionadoras (medidas de política social, mecanismos extrapenales de solución de conflictos, estímulos positivos, campañas educativas, medidas de vigilancia policial, etc.), el espacio para su consideración en el control de constitucionalidad es bastante limitado pues, además de plasmar opciones político criminales de signo muy diverso y, en ocasiones, radicalmente contrarias a la expresada por el legislador en la

norma enjuiciada, su heterogeneidad, por otro lado, dificulta en extremo su comparación con la medida legislativa enjuiciada desde la perspectiva de su igual idoneidad y menor lesividad.

Cuando las medidas alternativas consisten en sanciones extra-penales su comparación con la norma enjuiciada se torna menos compleja, debido a la relativa homogeneidad que existe entre los medios examinados, dado que también la pena pertenece al género de las sanciones, aunque se distingue de las demás por incorporar un juicio de reproche ético en contra del infractor que le confiere un plus de afflictividad respecto de otras sanciones. En este caso, la búsqueda de medios alternativos debe comenzar por las sanciones previstas en otros sectores del ordenamiento para la conducta descrita en el tipo penal o para otros comportamientos de gravedad y características similares; duplicidad de sanciones que se presenta en el caso de atentados contra el honor, frente a los que también cabe incoar la vía civil, y que en general tiende a incrementarse debido a la expansión del derecho penal a la represión de

actividades tradicionalmente sancionadas por vía administrativa.

Sólo en caso de no existir tales sanciones paralelas de *lege lata*, cabe acudir a las sanciones no penales previstas en el derecho comparado y, en cualquier caso, considerar las alternativas de *lege ferenda* propuestas por la doctrina.

La comparación entre la sanción penal y las sanciones alternativas desde la perspectiva de su idoneidad lleva a cuestionar la presunción de mayor efectividad que acompaña al derecho penal en razón de la mayor gravedad de sus consecuencias jurídicas. Ello obedece a que en el caso de las sanciones civiles o administrativas su menor drasticidad se ve compensada por una mayor certeza en su imposición, derivada de la mayor flexibilidad en la configuración del injusto, las estructuras de imputación y las garantías procesales que caracteriza a estos sectores del ordenamiento en relación con la rigidez propia del derecho penal.

En algunos casos, como ocurre con la protección civil del derecho al honor, la experiencia ha desvirtuado la creencia en

la mayor eficacia de la vía penal. Sin embargo, en general cabe señalar quienes destacan la preferencia de los afectados por hechos constitutivos de injuria y calumnia por acudir a la vía civil en lugar de a la penal, debido a las dificultades para obtener una condena penal en relación con tales delitos y lograr una efectiva reparación del deshonrado.

Sobre esta base, la comparación entre la sanción penal enjuiciada y la sanción extrapenal alternativa desde la perspectiva de su menor lesividad debe atender a cuatro aspectos: 1.- La *cantidad* de posiciones de derecho fundamental afectadas por una y otra sanción; 2.- La *importancia* de las mismas; 3.- La *intensidad* de su afectación; y 4.- Las *garantías* que acompañan su imposición.

b.- Búsqueda de penas alternativas.- Si tras la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuarse la necesidad de recurrir al derecho penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios punitivos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma

enjuiciada. En este punto comienza la segunda fase del juicio de necesidad de la norma de sanción, en el cual ya no se trata de buscar alternativas al derecho penal sino tan sólo de explorar la posibilidad de establecer penas alternativas y, en particular, alternativas a la pena de prisión.

Por lo que respecta a la comparación entre la pena prevista en la norma enjuiciada y la pena alternativa desde la perspectiva de su idoneidad, cabe señalar que esta última sólo estará en condiciones de sustituir a la sanción prevista por el legislador cuando su contenido aflictivo no resulte inferior al de los beneficios que se espera obtener del delito. Cuando ambas penas están por encima de este umbral, no cabe esperar necesariamente mayor idoneidad de la sanción más grave, como lo ponen de manifiesto los resultados de las investigaciones empíricas que acreditan la escasa o nula eficacia preventiva de los aumentos de penas.

Siendo así, dado que una pena superior a la anteriormente establecida para el mismo delito no necesariamente garantiza mayor idoneidad y sí, por el contrario, mayor lesividad, cabría sostener la inconstitucionalidad, por innecesarias, de las

normas que establecen aumentos de penas en aquellos casos en los que no se logre establecer, con base en premisas dotadas de respaldo empírico, una mayor idoneidad preventiva de la nueva pena respecto de la anterior. (Lopera, 2008).

Conjugando los anteriores criterios, y teniendo en cuenta la mayor lesividad y el carácter potencialmente criminógeno de la pena privativa de libertad, cabría cuestionar la necesidad de las normas que establecen la pena de prisión como sanción para determinados delitos, particularmente en los supuestos en que se consagran las penas de prisión o multa como sanciones alternativas, caso en el cual es el propio legislador, al establecer la multa como alternativa, quien valora a esta última como respuesta apropiada y suficientemente idónea para sustituir a la prisión.

Igualmente cabría cuestionar la necesidad de dicha pena en el caso de aquellas normas que la establecen no como sanción alternativa sino concurrente con otras (multa, inhabilitación absoluta o especial). En tales supuestos, siempre que pueda argumentarse que las demás penas

establecidas en la norma enjuiciada son razonablemente idóneas, por cuanto su contenido aflictivo no es inferior al beneficio probable del delito, el mantenimiento de la privación de libertad como pena adicional queda privado de toda justificación desde la perspectiva del subprincipio de necesidad.

Cuando se constata la igual idoneidad y menor lesividad de una sanción alternativa (tenga o no naturaleza penal) que no ha sido prevista por el legislador en la misma norma objeto de control (caso de penas concurrentes o alternativas) o en otro sector del ordenamiento, se dan los presupuestos para declarar inconstitucional, por innecesaria, y en consecuencia anular, la pena establecida en la norma de sanción. Sin embargo, en tales casos puede originarse un “vacío de punibilidad”, dado que subsiste una norma de conducta válida (que establece la prohibición contenida en el tipo penal) sin la correspondiente sanción para su incumplimiento.

2.4.2.- PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

Para establecer la intensidad con que la medida legislativa enjuiciada afecta los derechos fundamentales, tanto en lo que respecta a la definición de la conducta prohibida como a la clase y cuantía de pena aplicable, es preciso atender a los siguientes criterios:

a.- El alcance de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al

mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena;

b.- La probabilidad de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental;

c.- La duración de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanta mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma;

d.- La comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza tanto en el propio ordenamiento como en el derecho comparado, de modo que la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida

en otros ordenamientos para el mismo delito o en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad.

La intensidad con que la norma penal enjuiciada satisface el principio que respalda la intervención legislativa se determina en función de los siguientes criterios:

1.- La lesividad de la conducta prohibida.- Pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección de dicho bien jurídico, de tal suerte que la incriminación de una conducta lesiva representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico respecto de la penalización de conductas que sólo representan un peligro concreto y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que representa la tipificación de conductas que sólo constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico;

2.- La modalidad de imputación subjetiva.- Con lo cual la intervención penal dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del que supone la prevención de ataques imprudentes, debido al

mayor desvalor de acción de los primeros y a la especial trascendencia que tendría la omisión de la intervención del legislador.

CONCLUSIONES

1.- Ecuador, en términos generales, se encuentra en la vanguardia constitucional, comparando con los textos constitucionales de la región andina. La Constitución del 2008 recoge principios que han sido ampliamente reconocidos por la doctrina y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Podríamos afirmar, por la parte dogmática de la Constitución, y sus vínculos con la parte orgánica, que esta Constitución se

la podría calificar como garantista. El modelo de estado proclama un catálogo de derechos ambicioso, tiene garantías para alterar la realidad y tiene un estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger derechos.

2.- Nos encontramos ante una paradoja de legitimación del estado. En un país como el nuestro, la Constitución, sus principios y derechos no van a transformar automáticamente la realidad. La aplicación de la Constitución requiere de múltiples condiciones, entre otras: el texto constitucional sustancial, la cultura legal, el compromiso de la gente dentro del estado, la participación ciudadana. Aún, en la hipótesis

más favorable, con todas las condiciones y hasta con los recursos económicos, el cumplimiento de los principios y derechos serán incompletos. Mientras más derechos, más posibilidades de tener un estado y una sociedad que los incumpla. ¿Es esto un error histórico o una falsa promesa? ¿Los derechos son siempre papel mojado o letra muerta?

3.- Los principios son normas jurídicas, propias del constitucionalismo contemporáneo, que se caracterizan por su ambigüedad y amplitud en su aplicación, imprescindibles para colmar las lagunas jurídicas y para solucionar las contradicciones que se manifiestan en el sistema jurídico.

4.- Desde esta perspectiva constitucional, no es difícil darse cuenta que el actual sistema penal es incoherente y sin un eje articulador, que existen normas inconstitucionales, caducas, insuficientes, inadecuadas y contradictorias en todos los componentes del sistema penal.

5.- En el sistema constitucional, las diferencias son permanentes e insalvables, y el sistema jurídico no deja de tener anomias y antinomias. El sistema siempre está en

conflicto, pero tiene los mecanismos para aminorarlos o combatirlos. El hecho, por tanto, de tener principios y derechos lo que hace, en el fondo, es dar más herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el buen vivir.

RECOMENDACIONES

1.- Dado que a decir de Luis Roberto Barroso, (2008:35) “...la Constitución irradia su fuerza normativa a todo el sistema penal imbuida de supremacía formal y material”, y considerando que la Constitución vigente ecuatoriana, contiene los lineamientos generales de una política criminal adecuada, debe ser un imperativo la construcción de un sistema coherente, integrado y garantista de los derechos fundamentales del ser humano.

2.- Que es imprescindible la construcción de un sistema normativo penal adecuado a las exigencias constitucionales y relacionado con la democracia y el actual Estado. Para ello es imprescindible un nuevo Código de Garantías Penales que recoja la valiosa doctrina constitucional que está orientada a la protección y promoción de todos los derechos fundamentales del ser humano así como la actuación de los administradores de justicia bajo esta óptica.

3.- La reforma de todos los subsistemas penales que conforman el ordenamiento jurídico de esta rama del

Derecho, es imprescindible pues, sin duda, su funcionamiento integral se desarrolla a la luz de los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

4.- Las instituciones sustantivas y procesales deben ser pensadas en encontrar el equilibrio entre los derechos fundamentales en caso de existir colisión entre ellos y remitirnos al principio constitucional que ordena favorecer a la parte más débil del proceso penal establecido en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución del Ecuador, cada vez que dudamos. El axioma, a fin de cuentas, es que la Constitución no puede admitir eficiencia a cambio de sacrificio de las garantías.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert, “El derecho general de libertad”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, , 1997, España, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, No.6, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- AYALA Corao, Carlos, “El derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*, No. 3, 1994, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- AVILA Linzán, Luis Fernando, “Acceso a la justicia y emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- AVILA Linzán, Luis Fernando, “La Constitucionalización de la administración de justicia”, en Ramiro Ávila (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la*

doctrina y el derecho comparado, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.

- AVILA Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.

- AVILA Santamaría, Ramiro, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.

- AVILA Santamaría, Ramiro, “¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?”, en *Revista Foro* N. 8, 2008, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Editora Nacional.

- BARROSO, Luis Roberto, “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho”, 2008, IIJ-UNAM, Serie Estudios Jurídicos No. 127.

- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, “La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social”, 2003, Bogotá, ILSA.
- BOBBIO, Norberto, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, 1997, Ediciones Cátedra.
- BUSTAMANTE Alarcón, Reynaldo, “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”, 1era. edición, 2001, Perú, ARA Editores.
- Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Volumen II, Washington, 2001, pp. 871-883.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL AÑO 2008, RO 449: 20-OCT-2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva del 19 de Enero de 1984.
- DUFOUR, Gilbert, “ Sospechas en Ecuador, Infernal injusticia”, 2009, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Trama.

- FACIO, Alda, “La Carta Magna de las mujeres”, en *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*, 2003, Quito, PUCE.
- FERNÁNDEZ Segado, Francisco, “El sistema constitucional español”, 1992, Madrid, Editorial Dyckinson.
- FERNÁNDEZ Segado, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico” En: *Derecho*. No. 50, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, Lima.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Prólogo de P. Andrés, trad de P. Andrés y A. Greppi, 1999, Madrid , Editorial Trotta..
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos Fundamentales y garantías”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2001, Madrid, Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho Penal mínimo y otros ensayos”,2008, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 7ma. edición, 2005, Madrid, Editorial Trotta.

- GARCÍA Figueroa, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2003, España, Editorial Trotta.
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús, “La dignidad de la persona”, 1986, Madrid, Editorial Civitas S.A.
- HOYOS, Arturo, “El debido proceso”, 1996, Bogotá, Editorial Temis S.A.
- JUAN PABLO II, “Discurso a la UNESCO”, París, 2/6/1980, 10. En: *Enseñanzas al Pueblo de Dios*, 1980, Madrid: Librería Editrice Vaticana-Biblioteca de autores cristianos.
- KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, 2006, México, Fontamara.
- KELSEN, Hans, “El derecho y la moral”, en *Teoría Pura del Derecho*, 4ta edición, 2003, Argentina, Editorial Eudeba.
- LOPERA Mesa, Gloria, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, No.6, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.
- MORALES, Juan Pablo, “Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ramiro Ávila (ed.),

Neoconstitucionalismo y sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.

- NINO, Carlos S., “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2da. Edición, 2005, Argentina, Editorial Astrea.

- PAVARINI, Máximo, “La guerra a las no personas”, en: *Castigar al enemigo, criminalidad, exclusión e inseguridad*, en Serie Ciudadanía y Violencias-FLACSO, 2009, Quito, Imprenta Crear Imagen.

- PECES- BARBA Martínez, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa*, 1994, España.

- PECES-BARBA, Gregorio, “Los valores superiores”, 1984, Madrid, Editorial Tecnos S.A.

- RUIZ-GIMENEZ Cortés, Joaquín, “Derechos fundamentales de la persona”, Comentario al artículo 10 de la Constitución-. En: *Comentario a las Leyes Políticas*. Tomo I, 1984, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

- SERRANO, José Luis, “Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica”, 1999, Madrid, Editorial Trotta.

- SILVA Potero, Carolina, “¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.),

Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era. edición, 2008, Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas.

- VALENCIA Restrepo, Hernán, “Nomoárquica, principialística jurídica a los principios generales del derecho”, 1993, Bogotá, Editorial Temis S.A.

- VILLÁN Durán, Carlos, “*Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, 2002, Madrid, Editorial Trotta.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Derecho dúctil”, 2005, Madrid, Editorial Trotta.

